

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
1. IMPORTANCE DES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES .....	1
1.1 OBJECTIFS .....	1
1.2 IMPLICATIONS FISCALES .....	2
1.3 CHAQUE CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES EST UN CAS D'ESPÈCE .....	4
2. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES DANS LE CONTEXTE DES DIFFÉRENTES STRATÉGIES DE TRANSFERT D'ENTREPRISE .....	5
2.1 INTERDICTION DE CESSION ET D'ALIÉNATION DES VALEURS MOBILIÈRES .....	6
2.2 DROIT DE PREMIER REFUS .....	7
2.3 DROIT DE SOUSCRIPTION PRÉFÉRENTIELLE .....	10
2.4 OBLIGATION DE FINANCEMENT .....	11
2.5 REPRÉSENTATION AU CONSEIL D'ADMINISTRATION .....	12
2.6 DROIT DE GESTION CONTRÔLÉE .....	13
2.7 ENGAGEMENT RELATIF À L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE .....	16
2.8 RETRAIT DES AFFAIRES .....	17
2.8.1 Généralités .....	17
2.8.2 Impacts fiscaux de la clause de retrait des affaires .....	18
2.8.3 Évaluation des actions .....	19
2.9 DROIT D'ENTRAÎNEMENT RENVERSÉ .....	19
2.10 DROIT DE SUITE .....	20
2.11 AJUSTEMENT DE PRIX DE VENTE ET PAIEMENT DE SOLDE DE PRIX DE VENTE .....	20
2.12 ENGAGEMENTS DE NON-CONCURRENCE, NON-SOLLICITATION ET CONFIDENTIALITÉ .....	21
2.13 SOUSCRIPTION ET MAINTIEN D'ASSURANCES SUR LA VIE .....	21
2.14 TRANSFERT EN CAS DE DÉCÈS .....	22

2.15	CLAUSES DE RÉOLUTION DE CONFLIT .....	24
2.15.1	Ultimatum « shot gun » ou liquidation .....	24
2.15.2	Arbitrage .....	25
2.16	DISPOSITIONS DIVERSES .....	25
	CONCLUSION .....	26

apff

# CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET STRATÉGIES DE TRANSFERT D'ENTREPRISE

Nathalie Gagnon, avocate et Catherine Lapointé, avocate  
Brouillette Charpentier Fortin, s.e.n.c.

## INTRODUCTION

De nombreux entrepreneurs préfèrent accorder du temps au développement de leurs affaires commerciales plutôt qu'à la négociation des termes et conditions d'une convention avec leurs co-actionnaires. À moins d'être confrontés à une étape de la vie de leur entreprise qui ne leur laisse pas le choix de prioriser la détermination du cadre régissant les relations entre actionnaires, par exemple une injection de capital de la part d'un investisseur en capital de risque, il est tentant pour les propriétaires de sociétés de refuser d'investir temps et argent dans la mise en place d'une convention visant à déterminer les règles du jeu entre les actionnaires, alors que celles-ci ont été si faciles à établir au cas par cas avec leurs co-actionnaires dans la gestion passée de la société.

Les lois corporatives étant silencieuses sur de très nombreux aspects des relations entre actionnaires ou laissant à ceux-ci la discrétion d'encadrer leurs relations, les règles régissant l'actionnariat d'une société devraient être établies par la négociation d'une convention entre actionnaires. Le climat de confiance présent dans certains contextes de stratégies de transfert d'entreprise, par exemple le gel successoral, n'établit aucune exception à ce principe. Ainsi, l'auteur d'un gel successoral qui implique l'émission à ses enfants d'actions votantes et participantes de la société voudra certainement décider du traitement de l'actionnariat de ses enfants en cas de décès, de la cessation de l'emploi auprès de l'entreprise ou de gestes de concurrence envers la société de la part de l'un de ses enfants.

## 1. IMPORTANCE DES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES

### 1.1 Objectifs

La convention entre actionnaires est un outil de planification et de prévention fort intéressant. Elle permet en effet d'atteindre, notamment, l'un ou plusieurs des objectifs suivants :

- Éviter une participation non désirée d'un tiers dans le capital de la société;
- Assurer aux actionnaires la possibilité de maintenir leur pourcentage respectif dans l'actionnariat;
- Permettre l'exclusion d'un actionnaire indésirable, notamment la succession d'un actionnaire décédé, ou un actionnaire incapable de remplir ses fonctions dans la société;
- Assurer des liquidités à la société ou à la succession en cas de décès de l'un des actionnaires;
- Déterminer le rôle de chacun des actionnaires dans la gestion de l'entreprise;
- Prévoir pour les actionnaires minoritaires un certain droit de regard sur la gestion de la société et leur permettre d'avoir accès à de l'information à laquelle la loi ne leur donne pas droit;
- Permettre aux actionnaires minoritaires de bénéficier d'une vente des actions ou des éléments d'actif de la société;
- Permettre aux actionnaires majoritaires d'effectuer une vente des actions ou des éléments d'actif de la société sans obtenir le consentement des actionnaires minoritaires lorsque celui-ci serait autrement requis;
- Stipuler les façons de se sortir d'impasses.

Dans le cadre du transfert d'une entreprise, l'importance de certaines dispositions de la convention entre actionnaires variera grandement pour un actionnaire selon sa part de détention du capital de la société, selon sa position éventuelle d'actionnaire sortant ou de membre de la relève ou selon son rôle d'opérateur ou de financier. L'approche lors de la négociation de la convention entre actionnaires sera donc différente selon les actionnaires.

## 1.2 Implications fiscales

Notons que si la convention entre actionnaires peut être un outil intéressant de planification fiscale en vue du transfert de l'entreprise, sa mise en place peut également entraîner

des conséquences fiscales qui auront un impact financier sur la société et sur les conditions de son transfert, notamment en cas de perte du statut de « société privée sous contrôle canadien », d'association de la société avec d'autres et en raison de la notion de « personne affiliée ». Ainsi :

« (...) la perte de statut de la société à titre de « société privée sous contrôle canadien » (...) provoquerait entre autres les effets négatifs suivants :

- la perte de la déduction pour petite entreprise;
- la perte de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes;
- la perte du droit à l'exonération de 500 000 \$ pour les actions admissibles de petite entreprise, etc. »;
- la réduction des avantages reliés aux crédits d'impôt R&D.

« (...) l'association de deux ou de plusieurs sociétés peut provoquer plusieurs effets négatifs dont les suivants :

- (i) partage du plafond de 225 000 \$ aux fins du taux favorable d'imposition applicable aux petites entreprises;
- (ii) partage du montant additionnel de 75 000 \$ bénéficiant d'une réduction d'impôt dans le cadre de la baisse des taux d'imposition des sociétés au fédéral (i.e la tranche entre 225 000 \$ et 300 000 \$);
- (iii) perte définitive du congé fiscal de 5 ans au Québec;
- (iv) baisse des taux de crédits de R&D ainsi que du volet remboursable du crédit de R&D au fédéral;
- (v) inaccessibilité à certains crédits d'impôt québécois, car limités aux petites entreprises et non pas aux grandes sociétés;
- (vi) remise des DAS plus rapides pour l'employeur;
- (vii) assujettissement à l'impôt des grandes sociétés et impacts en découlant (dont la perte de la DPE);
- (viii) procédure d'opposition alourdie en cas d'opposition à une cotisation si la société devient une grande société en raison de son association à d'autres sociétés;
- (ix) perte possible du statut de société sous contrôle canadien et ses nombreux aspects négatifs (DPE, DCD, IMRTD, exonération de 500 000 \$, etc.);

- (x) remise possible du solde d'impôt au fédéral au 2<sup>ième</sup> mois plutôt qu'au 3<sup>ième</sup> mois;
- (xi) partage du plafond de 1 000 000 \$ à l'égard des coûts accessoires sur terrains vacants;
- (xii) répartition de l'exemption de 500 000 \$ à l'égard de l'impôt de la Partie VI.1 (impôt spécial sur certains dividendes) entre sociétés associées;
- (xiii) partage du plafond d'exonération introduit en 2003 au niveau de la taxe sur le capital au Québec. »

« (...) quant à la nouvelle notion de « personne affiliée » prévue à l'article 251.1 L.I.R., cette notion pourrait être étendue dans certaines circonstances en raison des termes prévus dans la convention entre actionnaires et son effet pourrait affecter le droit de réclamer des pertes découlant du transfert des biens effectué entre des personnes dites affiliées, soit en leur refusant les pertes ou en les différant. »<sup>1</sup>

Il est donc de mise lors de la mise en place d'une convention entre actionnaires de bien analyser les conséquences fiscales des diverses dispositions.

### 1.3 Chaque convention entre actionnaires est un cas d'espèce

L'une des demandes typiques formulées aux avocats spécialisés dans l'accompagnement des PME par leurs clients est de leur transmettre, afin de leur éviter de perdre temps et argent, une convention entre actionnaires « standard ». Malheureusement, on est encore très loin de la création du logiciel intitulé *Convention entre actionnaires pour les nuls*. En effet, le texte final d'une convention entre actionnaires est le fruit d'une négociation, parfois ardue, afin d'établir un équilibre entre les droits et obligations de chacune des parties à celle-ci et de nombreuses nuances sont intégrées aux diverses dispositions de la convention afin de tenir compte des circonstances.

Plusieurs éléments influenceront la détermination des dispositions de la convention entre actionnaires. Parmi ceux-ci, on peut noter le rôle passif ou actif des actionnaires dans l'entreprise, le pouvoir économique de chacune des parties à la convention, les pourcentages relatifs de l'actionnariat détenus par chaque actionnaire et la durée de vie anticipée de

<sup>1</sup> Y. CHARTRAND, R. CHAGNON et S. BACON, *Droit corporatif pour non juriste, incidences fiscales canadiennes et traitement comptable : de la naissance à la dissolution*, Centre québécois de formation en fiscalité – COFF inc., mai-juin 2003.

l'entreprise. Par ailleurs, des contextes qui pourraient paraître à première vue très semblables en raison du partage de l'actionnariat, des rapports de force entre les actionnaires, du type d'industrie, de la maturité de l'entreprise, des besoins de financement et de l'évolution potentielle de l'entreprise, pourront donner lieu à la conclusion de conventions entre actionnaires très différentes. En effet, l'impact de la personnalité de chaque actionnaire ne peut être négligé. Ainsi, une personne procédant au transfert graduel de son entreprise en faveur de ses enfants pourra dans certains cas exiger d'être le seul administrateur de la société et ainsi décider de toutes les questions d'affaires internes et commerciales de l'entreprise jusqu'à son retrait complet et, dans d'autres, être tout à fait à l'aise de n'être consulté que pour des décisions ayant une influence importante sur la destinée de la société.

L'adaptation des dispositions d'une convention entre actionnaires à son contexte est à ce point important qu'une société aura souvent l'occasion d'être successivement partie à plus d'une convention entre actionnaires au cours de son existence et ce, afin de tenir compte de l'évolution de ses affaires.

Le présent texte se limite évidemment à présenter les particularités d'une convention entre les actionnaires d'une société fermée au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec)<sup>2</sup>, par opposition aux sociétés ouvertes régies par les dispositions de cette même loi.

## 2. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES DANS LE CONTEXTE DES DIFFÉRENTES STRATÉGIES DE TRANSFERT D'ENTREPRISE

Il existe de nombreuses stratégies de transfert d'entreprise et l'objectif du présent texte n'est ni de les identifier toutes ni d'exposer leurs avantages et inconvénients selon le point de vue commercial ou fiscal. La présente section contient plutôt une revue de clauses particulières pouvant être incluses dans une convention entre actionnaires et quelques exemples de leur pertinence et de leurs avantages dans certains contextes de transfert d'entreprise. Le choix des dispositions de la convention entre actionnaires peut en effet différer significativement si l'acquéreur envisagé est un investisseur stratégique ou un membre de la direction, s'il est ou non déjà actionnaire de la société, si le financement du transfert est effectué par un investisseur

---

<sup>2</sup> L.R.Q., c. V-1.1.

institutionnel via une souscription d'actions, si les actions de la société sont cédées en faveur de membres de la famille ou de la direction de l'entreprise ou si le transfert envisagé peut être forcé par certains actionnaires, comme par exemple une société de capital de risque.

Par ailleurs, il importe de planifier, dès l'octroi à des employés d'options leur permettant de souscrire à des actions du capital de la société, la mise en place de règles qui régiront les relations entre actionnaires au moment de la levée des options. À défaut, rien n'obligera l'employé de restreindre les droits dont il dispose relativement à ses actions une fois celles-ci émises, notamment leur transfert.

Enfin, dans certains cas de planification de transfert d'entreprise, par exemple dans le cas du transfert d'une partie de ses actions par un actionnaire unique à une fiducie dont cet actionnaire est le seul fiduciaire, la conclusion d'une convention entre actionnaires sera tout simplement sans intérêt.

Notons également que l'adaptation des dispositions de la convention entre actionnaires variera sensiblement selon que les actionnaires envisagent une vente future des actions ou des éléments d'actif de la société ou qu'ils sont au milieu du processus devant mener à une telle transaction.

## 2.1 Interdiction de cession et d'aliénation des valeurs mobilières

Objectif principal : Pouvoir éviter la participation d'un tiers à l'actionnariat, sauf selon les règles précises prévues par la convention entre actionnaires.

L'une des dispositions essentielles de la convention entre actionnaires consiste à interdire, sous certaines réserves, la vente, le transfert ou toute autre forme de disposition des titres de la société ainsi que l'octroi d'une hypothèque ou d'une autre sûreté portant sur ces titres. L'interdiction vise normalement non seulement la cession ou l'aliénation des actions du capital de la société, mais également de tout autre titre ou droit convertible en actions et de toute autre valeur mobilière de la société détenus par un actionnaire. La convention prévoira que ces opérations ne pourront être effectuées qu'avec le consentement des autres actionnaires

(habituellement donné de façon unanime et entièrement discrétionnaire) ou qu'en conformité avec d'autres dispositions de la convention entre actionnaires. Cette dernière exception est importante, à défaut de quoi l'interdiction de céder, telle que prévue, serait considérée invalide.

Une autre exception à l'interdiction de céder devrait, afin de donner aux actionnaires une certaine flexibilité pour effectuer une planification fiscale, permettre la cession des actions détenues par un actionnaire à sa société de gestion ou à une fiducie. Les dispositions contractuelles exigeront alors, dans le cas d'une fiducie, que l'actionnaire cédant en soit le seul fiduciaire et que des personnes qui lui sont liées en soient les seuls bénéficiaires. Dans le cas d'une société de gestion, la convention prévoira que l'actionnaire cédant devra détenir la totalité des actions ou conserver le contrôle de la société de portefeuille, le solde des actions, titres et droits convertibles en actions de la société de gestion étant détenu exclusivement par des personnes liées à l'actionnaire cédant. De plus, à titre de conditions de transfert des actions, la convention devra prévoir que la société de gestion ou la fiducie, selon le cas, devra devenir partie à la convention entre actionnaires et que l'actionnaire cédant demeurera solidairement responsable avec la nouvelle entité des obligations de cette dernière en vertu de la convention entre actionnaires.

Par ailleurs, les obligations décrites ci-dessus quant au maintien du contrôle de la fiducie et de la société de gestion devront également s'appliquer aux fiducies et sociétés de gestion actionnaires au moment de la conclusion de la convention entre actionnaires. Le défaut de ce faire pourrait permettre, par exemple à un individu détenant des actions via sa société de portefeuille, de contourner l'interdiction de céder ses actions de la société autrement qu'en conformité avec la convention entre actionnaires en disposant des actions de sa société de gestion. Il faudra alors faire intervenir l'actionnaire majoritaire de la société de gestion ou le ou les fiduciaires à la convention entre actionnaires.

## 2.2 Droit de premier refus

Objectif principal : Favoriser l'achat des actions de la société dont un actionnaire veut disposer par les autres actionnaires tout en respectant leur détention

proportionnelle et, de ce fait, permettre d'empêcher l'entrée d'un tiers au capital de la société.

La clause d'interdiction décrite à la section précédente et le droit de premier refus sont des éléments essentiels dans toutes les conventions entre actionnaires, dans quelque contexte que ce soit, afin de permettre d'éviter tout transfert d'actions en faveur d'un tiers dont la présence ne serait pas souhaitée par les autres actionnaires et ce, sans même que les co-actionnaires aient eu l'opportunité de faire une offre afin de procéder à l'acquisition des actions cédées. En effet, à moins que la convention entre actionnaires ne régie cette situation, rien dans la loi<sup>3</sup> ne peut empêcher votre co-actionnaire de céder sa participation dans la société à un tiers, même s'il s'agit du principal concurrent de la société!

Le droit de premier refus accorde à chacun des actionnaires le droit de procéder à l'acquisition des actions d'un actionnaire désirant accepter une offre de bonne foi visant ses actions et autres titres de la part d'un tiers et ce, aux mêmes termes et conditions que ceux prévus à l'offre du tiers. La mécanique de cette disposition est la suivante : un actionnaire recevant une offre de bonne foi<sup>4</sup> qu'il entend accepter de la part d'un tiers en vue de l'acquisition de ses actions doit la transmettre à ses co-actionnaires qui ont alors, pendant un délai fixé par la convention, l'option d'indiquer leur intention d'acheter ces actions, au prorata de leur participation dans le capital de la société, selon les termes et conditions prévus à l'offre de bonne foi. Si certains des actionnaires n'indiquent pas ainsi leur intention d'acquiescer des actions auxquels ils ont droit, les actionnaires qui se sont prévalus de leur droit de premier refus disposent d'un délai additionnel pour indiquer leur intention d'acheter les titres refusés, et ainsi de suite jusqu'à ce que tous les actionnaires aient refusé de procéder à l'acquisition des titres restants ou jusqu'à ce que tous les titres offerts aient trouvé preneurs. Dans l'éventualité où toutes les actions de l'actionnaire vendeur ne trouvent pas preneur, ce dernier peut alors procéder

<sup>3</sup> Sous réserves de certaines dispositions législatives s'appliquant à certains domaines ou situations particuliers telles que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* (Canada), L.R. (1985), ch. C-34.

<sup>4</sup> Une offre de bonne foi est habituellement définie comme « une offre adressée de bonne foi par un tiers à un actionnaire ou une acceptation d'une offre de bonne foi adressée par un actionnaire à un tiers en vue de l'achat de la totalité ou d'une partie des actions dont cet actionnaire est le véritable propriétaire, étant entendu que le prix ne peut être payable qu'en espèces ».

à la cession de la totalité des actions qu'il désire vendre en faveur du tiers ayant formulé l'offre de bonne foi, à l'intérieur d'un délai fixé par la convention entre actionnaires et selon les termes et conditions prévus à l'offre de bonne foi. Notons que, dans un tel cas, les dispositions de droit de suite et de droit d'entraînement renversé décrits ci-après pourraient être applicables à la disposition des actions, provoquant ainsi un transfert de la totalité des actions.

Dans un contexte de transfert d'entreprise, les parties à la convention entre actionnaires pourraient vouloir fixer des modalités différentes au droit de premier refus. Ainsi, une personne procédant au transfert de sa société via un gel successoral suite auquel il ne détiendra plus que des actions privilégiées du capital de la société alors que ses enfants détiendront des actions ordinaires pourrait souhaiter que le droit de premier refus sur les actions ordinaires ne soit qu'en faveur de ses enfants. Toutefois, l'objectif du droit de premier refus étant d'éviter que les actions passent dans des mains tierces, il sera prudent de prévoir que si les enfants n'exercent pas leur droit de premier refus, l'auteur du gel aura un droit de premier refus avant que les actions ne puissent être cédées au tiers.

De même, dans un contexte de vente de la société aux employés lorsque les actions du fondateur sont achetées graduellement, il nous semble peu opportun de prévoir un droit de premier refus en faveur du fondateur pour les actions qu'il vient tout juste de céder aux employés. Le fondateur voudra cependant se protéger en cas de vente du contrôle de la société par les acquéreurs de ses actions par une clause de droit de suite dont les modalités sont exposées ci-après. Par ailleurs, lorsqu'il est connu à l'avance que certains des actionnaires n'auront pas les liquidités nécessaires pour procéder à des acquisitions additionnelles d'actions, il arrive qu'ils soient exclus à l'avance du bénéfice du droit de premier refus.

Il existe de nombreuses versions des clauses de droit de premier refus. Par exemple, il est possible de prévoir qu'un actionnaire peut déclencher l'application du mécanisme sans qu'il n'ait reçu une offre de bonne foi de la part d'un tiers. Certaines clauses permettent la vente de la totalité de la participation uniquement, d'autres autorisent les ventes partielles. Il est également possible de prévoir que la définition d'offre de bonne foi inclura aussi une offre d'un co-actionnaire. Certains voudront éviter les délais liés à l'application du mécanisme décrit ci-dessus en exigeant des actionnaires bénéficiant du droit de premier refus qu'ils indiquent dès le

départ le nombre maximum d'actions dont ils souhaitent faire l'acquisition. L'actionnaire vendeur doit alors répartir les titres qu'il désire vendre entre les acheteurs en attribuant initialement à chacun le moins élevé du nombre d'actions dont il souhaite faire l'acquisition et celui auquel il a droit en raison de sa détention proportionnelle et en attribuant ensuite entre les actionnaires disposés à en acquérir un nombre plus élevé, les titres qui n'auraient pas trouvé preneurs.

Soulignons aussi que lors d'un investissement de la part d'un partenaire stratégique, alors que toutes les parties envisagent sérieusement la possibilité que l'entreprise soit transférée en totalité entre les mains de ce partenaire, il arrive que la convention entre actionnaires prévoie, de plus, un droit de premier refus en faveur de ce partenaire stratégique en cas de vente projetée de la totalité ou d'une partie substantielle des éléments d'actif de la société.

### 2.3 Droit de souscription préférentielle

Objectif : Maintenir la proportionnalité de participation dans l'actionnariat de chaque actionnaire et favoriser les investissements par les actionnaires actuels plutôt que la participation d'un tiers à l'actionnariat.

Le droit de souscription préférentielle permet à chacun des actionnaires de maintenir, s'il le souhaite, son pourcentage de détention dans le capital de la société. En effet, en cas d'émission par la société d'actions ou de titres convertibles en actions, ce droit stipule qu'elle doit offrir à chacun des actionnaires de souscrire, dans un délai fixé par la convention, à un nombre d'actions dont l'émission est projetée correspondant à son pourcentage de détention d'actions. À défaut pour un actionnaire de ce faire, les autres actionnaires pourront, au prorata de leur détention relative, procéder à la souscription des titres refusés. La société ne pourra faire d'émission en faveur d'un tiers que si tous les actionnaires ont d'abord eu l'occasion de renoncer à leur droit de souscription préférentielle sur les titres qu'elle projette d'émettre et que la société procède à cette émission à l'intérieur d'un délai donné suite à l'application du droit de souscription préférentielle.

Il est possible de varier les dispositions concernant le droit de souscription préférentielle en ne l'accordant qu'à certains actionnaires (ceux qui désirent acheter éventuellement la totalité des actions, ceux qui ont les fonds nécessaires ou ceux qui sont déjà détenteurs d'actions de la catégorie d'actions faisant l'objet de l'émission) ou encore en créant un premier tour en faveur de certains actionnaires avant d'offrir les titres dont l'émission est projetée aux autres actionnaires. Il faudra encore une fois analyser la pertinence de faire bénéficier du droit de souscription préférentielle l'actionnaire procédant au transfert de son entreprise en cas d'émission d'actions ordinaires. Ce droit devrait peut-être lui être accordé uniquement si les détenteurs d'actions ordinaires n'ont pas exercé leur droit de souscription préférentielle.

La convention entre actionnaires devrait prévoir une exception au droit de souscription préférentielle pour les émissions de titres effectuées dans le cadre d'un régime d'options d'achat d'actions pour les employés et dirigeants. Les principales modalités de ce régime devraient être décrites dans la convention entre actionnaires. Une exception similaire devrait être prévue en cas d'exercice de titres convertibles déjà émis au moment de signer la convention entre actionnaires.

Le droit de premier refus et le droit de souscription préférentielle sont souvent perçus comme ajoutant des délais préalables à la conclusion des transactions de vente ou de financement. Il faut cependant noter qu'il est toujours loisible aux actionnaires de renoncer à bénéficier de ces droits dans des circonstances précises.

#### **2.4 Obligation de financement**

Objectif : Assurer à la société une certaine capacité financière.

Certaines conventions entre actionnaires introduisent, en addition au droit de souscription préférentielle donnant l'opportunité aux actionnaires de participer au financement futur de l'entreprise, l'obligation pour chacun des actionnaires d'injecter des sommes additionnelles dans le capital de la société ou encore de garantir des emprunts de cette dernière auprès d'institutions financières le requérant et ce, au prorata de leur détention respective du capital. Le défaut de respecter cette obligation est alors sanctionné par les dispositions de la convention.

Toutefois, cette disposition devrait être considérée avec circonspection. En effet, il est très différent de prévoir un engagement de cette nature en faveur d'une société constituée en vue d'un objectif spécifique (et qui s'apparente alors davantage à un joint venture) que de forcer un investisseur ayant des capacités financières importantes à injecter des sommes pour des projets additionnels de la société qu'il n'aura pas nécessairement le loisir d'approuver.

## 2.5 Représentation au conseil d'administration

Objectif : Définir la participation de chacun des actionnaires dans la gestion des affaires internes et commerciales de la société.

La gestion des affaires internes et commerciales de la société est un rôle accordé aux administrateurs de la société. À défaut de stipulation dans la convention entre actionnaires, les actionnaires minoritaires ne seront pas représentés de quelque façon que ce soit au conseil d'administration à moins que les actionnaires majoritaires ne décident, à leur entière discrétion, de les y faire nommer. Le pouvoir des actionnaires minoritaires est alors réduit grandement, leur droit de vote n'étant exerçable que dans certaines circonstances exceptionnelles prévues par la loi (modification aux statuts, fusion, au fédéral en cas de vente de la totalité ou d'une partie substantielle des éléments d'actif de la société, etc.).

Les dispositions de la convention entre actionnaires permettent de fixer les règles d'attribution des sièges au conseil d'administration. Les actionnaires peuvent, par exemple, établir que chaque actionnaire détenant un pourcentage minimal d'actions a droit à une représentation au conseil proportionnelle à sa détention d'actions dans le capital de la société, avec ou sans un minimum de sièges garantis. La convention entre actionnaires peut également indiquer que les actionnaires devront nommer des administrateurs externes issus de l'industrie qui viendront, par leur présence, faire bénéficier l'entreprise de l'expérience spécialisée qu'ils ont acquise. Dans d'autres cas, les actionnaires nomment dans la convention entre actionnaires les personnes membres du conseil d'administration. Ils doivent alors prévoir des mécanismes alternatifs de nomination en cas d'impossibilité ou de refus d'agir par l'une des personnes identifiées ou en cas de modification de leur participation relative à l'actionnariat.

Une personne procédant au transfert de son entreprise en se retirant de façon graduelle du capital de la société pourrait exiger de conserver un siège au conseil d'administration de son entreprise jusqu'à son retrait complet. Il n'est pas rare non plus que l'auteur d'un transfert d'entreprise souhaite être le seul administrateur de la société jusqu'au moment de son retrait total, préférant ainsi conserver la mainmise sur la gestion de l'entreprise plutôt que favoriser la formation de la relève.

## 2.6 Droit de gestion contrôlée

Objectif : Octroyer aux actionnaires minoritaires un droit de regard sur certaines décisions importantes.

La convention entre actionnaires peut contenir une liste de décisions qui ne peuvent être mises à exécution par la société sans le consentement d'un ou plusieurs actionnaires. Ce droit de gestion contrôlée, qui sera presque systématiquement demandé par une institution finançant, par voie de souscription d'actions, l'acquisition d'une entreprise par ses dirigeants, pourra également être requis par l'auteur d'un gel successoral qui ne souhaiterait pas garder la mainmise sur toutes les décisions concernant la société mais voudrait conserver un droit de regard sur les décisions ayant une influence importante sur la destinée de l'entreprise. Ce type de clause peut également être d'intérêt pour un vendeur détenant un solde de prix de vente voulant s'assurer qu'aucun geste affectant les liquidités nécessaires au paiement complet de son solde ne sera posé sans son consentement. Si la totalité de ses actions ont été acquises, ces dispositions se retrouveront plutôt dans la convention de vente d'actions. En réalité, cette clause est pertinente pour tous les actionnaires minoritaires. Encore faut-il que le rapport de force soit tel qu'ils soient en mesure de se négocier de tels droits.

Sans entrer dans le détail des mérites ou des faiblesses sur le plan juridique de l'une ou l'autre des méthodes décrites ci-après, voici différentes manières de parvenir à ce résultat :

- (i) Tout d'abord, une liste de décisions importantes peut être soumise à l'approbation d'un ou plusieurs membres du conseil d'administration désignés par les actionnaires bénéficiant de ce droit ou encore la majorité requise pour approuver une de ces décisions

au conseil d'administration peut être augmentée de façon à ce que l'approbation du ou des représentants de ces actionnaires au conseil soit nécessairement requise pour atteindre cette majorité. Le principal désavantage de cette méthode, ce qui explique, entre autres, qu'elle est rarement retenue, consiste en ce que les administrateurs d'une entreprise sont tenus d'agir dans le meilleur intérêt de celle-ci et que l'intérêt de la société peut, dans certains cas, ne pas coïncider avec celui de l'actionnaire ayant désigné un administrateur.

- (ii) Une deuxième façon de procéder est l'utilisation d'une clause de convention unanime classique, c'est-à-dire une clause retirant les pouvoirs aux administrateurs pour les donner aux actionnaires et soumettant l'approbation des actionnaires à une majorité augmentée qui là encore, fera en sorte que l'approbation des actionnaires visés sera nécessairement requise.
- (iii) Toutefois, lorsqu'on est en présence d'actionnaires investisseurs, ceux-ci désirent souvent ne pas retirer entièrement les pouvoirs des administrateurs. La solution la plus communément adoptée dans ces circonstances est alors l'engagement pour la personne morale visée de soumettre à l'approbation des investisseurs, l'adoption ou la mise en place de certaines décisions.

Il faut être conscient que les bénéficiaires de ce droit de gestion contrôlée pourraient être en mesure de bloquer certains types de transfert d'entreprise.

Quelles sont les opérations qui font ainsi l'approbation d'un droit de gestion contrôlée? Dans de nombreux cas, il s'agit d'opérations que l'on retrouve dans un contexte de transfert d'entreprise. En effet, sont régulièrement visées par le droit de gestion contrôlée la fusion, l'émission, l'achat ou le rachat de valeurs mobilières, la déclaration et le paiement de dividendes, la vente de la totalité ou d'une partie substantielle des éléments d'actif de la société et l'aliénation de la propriété intellectuelle ou l'octroi d'une licence sur celle-ci en dehors du cours normal des affaires.

Cette liste peut également inclure un certain nombre de points qui relèvent davantage de la gestion quotidienne et de la planification stratégique de l'entreprise, dont notamment l'embauche et la mise à pied des employés-clés, la préparation et l'approbation des budgets

annuels, tout changement à la date de fin de l'exercice financier ou encore toute acquisition, sous quelque forme que ce soit, d'autres entreprises. Dans tous les cas, il faudra toutefois s'assurer que la liste de droit de gestion contrôlée contenue à une convention entre actionnaires n'aura pas d'effet paralysant pour les dirigeants dans le cadre de leur prise de décisions courantes.

À noter que le droit de gestion contrôlée peut avoir un impact important sur la fiscalité de l'entreprise. En effet, afin de déterminer si une société est une société privée sous contrôle canadien ou si elle est associée ou liée avec une autre société, les autorités fiscales ne considèrent pas uniquement le contrôle de droit (i.e. la détention d'un nombre d'actions permettant d'élire la majorité au sein du conseil d'administration)<sup>5</sup>, mais également le contrôle de fait, c'est-à-dire l'influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait de la société<sup>6</sup>.

L'ADRC précise ainsi sa position relativement à la notion de contrôle de fait :

« Le contrôle de fait peut se traduire, par exemple, par le pouvoir que possède une personne de changer le conseil d'administration ou de revenir sur les décisions de celui-ci, de prendre d'autres décisions concernant les actions de la société à court, à moyen ou à long terme, de mettre fin directement ou indirectement à la société ou à son entreprise ou de s'en approprier les bénéfices ou les biens. Même si elle n'est pas exercée effectivement, l'existence d'une telle influence serait suffisant pour conférer le contrôle de fait<sup>7</sup>. »

« Voici certains facteurs généraux qui permettent de déterminer s'il y a contrôle de fait :

- a) le pourcentage de propriété des actions avec droit de vote (lorsqu'il n'est pas supérieur à 50%) par rapport aux actions que les autres actionnaires détiennent;
- b) la propriété d'une importante dette d'une société qui peut devenir payable sur demande (à moins d'être assujettie à une exemption en vertu du paragraphe 256(3) ou (6)) ou d'un placement important dans des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur;
- c) les conventions entre actionnaires prévoyant une voix prépondérante;
- d) les relations commerciales ou contractuelles de la société, par exemple, la dépendance économique à l'endroit d'un fournisseur ou d'un client unique;

<sup>5</sup> AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA (ci-après « ADRC »), *Bulletin d'interprétation IT-64R4*, « Association et contrôle », 26 juin 2001, par. 13; *Durha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, 98DTC 6334; *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine* 2002 D.T.C. 7112.

<sup>6</sup> Article 256(1) (5.1) *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (ci-après « LIR »)

<sup>7</sup> ADRC, *Bulletin d'interprétation IT-64R4*, *op.cit.*, note 5, par. 21

- e) la possession de connaissances tout à fait particulières qui sont requises pour l'exploitation de l'entreprise;
- f) l'influence qu'un membre d'une famille, qui est un actionnaire, un créancier, un fournisseur, etc., d'une société peut avoir sur un autre membre de la famille qui est un actionnaires de la société.

En plus des facteurs généraux mentionnés ci-dessus, il faudrait tenir compte de la composition du conseil d'administration et du contrôle de la gestion quotidienne et du fonctionnement de l'entreprise<sup>8</sup> ».

## 2.7 Engagement relatif à l'exercice du droit de vote

Objectif : Approuver à l'avance certaines décisions.<sup>9</sup>

Les actionnaires peuvent convenir à l'avance de la façon dont ils exerceront leurs droits de vote sur certaines questions, contrairement aux administrateurs qui doivent en tout temps conserver leur discrétion quant aux décisions à prendre dans le meilleur intérêt de la société. Lorsque les actionnaires désirent convenir à l'avance de la réalisation de certaines transactions par la société, ils peuvent retirer certains pouvoirs aux administrateurs pour les exercer eux-mêmes et s'engager à l'avance à voter pour ou contre une décision. À titre d'illustration, les parties à une convention entre actionnaires pourraient retirer les pouvoirs d'approbation de la vente des éléments d'actif de l'entreprise conférés aux administrateurs et s'engager à l'avance à approuver une vente par la société de la totalité de ses éléments d'actif pour un prix au moins égal à celui déterminé ou déterminable selon certaines dispositions de la convention entre actionnaires. Ce type d'engagement peut être utile dans un contexte où les actionnaires souhaitent mettre en branle à court ou à moyen terme un processus de transfert d'entreprise en faveur d'un tiers. Les actionnaires pourraient également s'engager à voter pour une distribution du prix suite à une vente d'éléments d'actif. De plus, ils pourraient convenir à l'avance de vendre leurs actions à un acquéreur qui offrirait un prix déterminé ou déterminable en vertu de la convention entre actionnaires, vente à laquelle s'appliqueraient en plus les dispositions de droit d'entraînement et droit de suite ci-après détaillées.

<sup>8</sup> ADRC, *Bulletin d'interprétation IT-64R4*, op.cit., note 5, par. 23.

<sup>9</sup> Précité note 6

## 2.8 Retrait des affaires

### 2.8.1 Généralités

Objectif : Permettre d'exclure un actionnaire indésirable ou n'étant plus capable de remplir ses fonctions.

La clause de retrait des affaires prévoit certaines circonstances où un actionnaire peut être forcé de vendre ses actions, habituellement à ses co-actionnaires. Ces circonstances sont variables selon les conventions, mais il est fréquent de retrouver les suivantes :

- le refus ou la négligence systématique par cet actionnaire de remplir ses fonctions auprès de l'entreprise visée;
- s'il est congédié pour un motif sérieux ou met fin à son contrat d'emploi avant une certaine date;
- s'il devient invalide ou soumis à un régime de protection du majeur;
- s'il est trouvé coupable de vol, fraude ou détournement à l'endroit de l'entreprise visée ou commet un acte criminel;
- s'il contrevient à ses engagements de non-concurrence, non-sollicitation ou de confidentialité;
- s'il est déclaré failli, fait une cession volontaire de ses biens ou prend avantage d'une législation visant la protection des insolvable;
- si, lorsque cet actionnaire est une compagnie ou une société, il procède à sa liquidation ou dissolution ou qu'un séquestre liquidateur ou fiduciaire est nommé pour administrer ses biens;
- s'il contrevient aux termes de la convention entre actionnaires;

- s'il décède (dans plusieurs cas, les actionnaires choisiront plutôt de traiter cette situation par le biais des dispositions de transfert en cas de décès qui sont plus amplement expliquées à la section 2.14.

La clause de retrait des affaires s'applique principalement aux actionnaires qui sont aussi des dirigeants de la société. Le prix auquel les actions de celui qui se retire des affaires sont achetées varie selon qu'il s'agit de situations que l'on veut réprimer, par exemple en cas de vol, ou une situation qui est hors du contrôle de celui qui se retire des affaires, par exemple l'invalidité. Dans le premier cas, le prix pourra être aussi bas que 50 % de la valeur aux livres; dans le second, on se base habituellement sur la juste valeur marchande des actions achetées. Le mécanisme selon lequel les co-actionnaires de celui qui se retire des affaires indiquent leur intention d'acheter ou non des actions est le plus souvent calqué sur le droit de premier refus sauf qu'il ne sera pas obligatoire d'acheter la totalité des actions de celui qui se retire des affaires. Il est également possible de prévoir que la société procédera à l'achat des actions si les actionnaires représentant un certain pourcentage votent en ce sens, ou que la société aura d'abord l'option de ce faire ou encore qu'elle ne l'aura que si les actionnaires n'exercent pas leur option pour la totalité des titres de l'actionnaire qui se retire des affaires.

La clause de retrait des affaires devra prévoir qu'elle est applicable aux actions d'une société de portefeuille si c'est son âme dirigeante qui pose un geste de retrait des affaires.

### 2.8.2 Impacts fiscaux de la clause de retrait des affaires

L'article 251(5)(b) LIR stipule que le droit en vertu d'un contrat, droit immédiat ou futur, conditionnel ou non, de procéder à l'achat des actions est réputé constitué une détention réelle d'actions. Les seules exceptions à ce principe acceptées par l'ADRC sont le droit de premier refus (auquel est généralement assimilé le droit de souscription préférentielle), la clause ultimatum (« shot gun ») et à un droit qui n'est exerçable qu'en cas de décès, faillite ou invalidité permanente d'un particulier<sup>10</sup>. L'option d'acquisition donnée aux actionnaires en cas de retrait des affaires de l'un d'entre eux dans d'autres circonstances fait en sorte que les actionnaires

<sup>10</sup> Par les interprétations techniques C-248-023 et C-248-032, l'ADRC indiquait en 1990 qu'une invalidité permanente signifiait que l'on s'attendait à ce qu'elle continue la vie durant du particulier.

peuvent être considérés liés à la société ou encore avoir l'effet d'associer la société à d'autres et donc entraîner les conséquences décrites à la section 1.2.

### 2.8.3 Évaluation des actions

Tel que mentionné ci-dessus, la clause de retrait des affaires indique habituellement que les actions de l'actionnaire visé par certaines circonstances peuvent être achetées à leur juste valeur marchande ou à un pourcentage de celle-ci. La convention entre actionnaires doit donc prévoir un mécanisme d'évaluation de la juste valeur marchande. Il existe plusieurs méthodes pour ce faire, mais les trois les plus fréquemment utilisées sont : l'entente périodique entre les actionnaires dont le résultat doit être annexé à la convention entre actionnaires, l'insertion à la convention d'une formule permettant d'évaluer la juste valeur marchande et la détermination de la juste valeur marchande par un tiers. Dans tous les cas, les paramètres de ces mécanismes d'évaluation doivent être clairement détaillés à la convention afin qu'ils ne soient pas source de conflits additionnels.

### 2.9 Droit d'entraînement renversé

Objectif : Permettre aux actionnaires majoritaires de déclencher la vente de la totalité des actions de la société sans l'accord de chacun des actionnaires minoritaires.

La clause de droit d'entraînement renversé est très importante dans un contexte de vente du capital de la société puisque c'est celle permettant à un détenteur ou à un groupe de détenteurs d'actions comportant un pourcentage de droit de vote déterminé (par exemple 70%) qui désire disposer de sa participation dans la société de forcer les autres actionnaires à vendre les actions qu'ils détiennent à un tiers ayant formulé une offre d'achat aux mêmes termes et conditions. Ce mécanisme de la convention entre actionnaires ne reçoit application que lorsque les autres actionnaires ont décliné l'offre, formulée en vertu des dispositions du droit de premier refus par le ou les actionnaires vendeurs, de procéder à l'acquisition de leurs actions selon les termes et conditions de l'offre d'achat ainsi formulée.

Cette disposition est primordiale dans le cas de vente d'actions car il est souvent plus facile de trouver un acheteur pour la totalité des actions que pour une partie de celle-ci.

## 2.10 Droit de suite

Objectif : Permettre aux actionnaires minoritaires d'empêcher un changement de contrôle sans qu'ils puissent en bénéficier. Empêcher la vente de la participation d'une personne-clé sans que les autres actionnaires ne puissent vendre.

Les dispositions de droit de suite permettent à tous les actionnaires ou à certains d'entre eux de s'assurer que, dans l'éventualité d'un changement de contrôle (ou du transfert d'un pourcentage donné des actions votantes) de la société ou en cas de disposition par certains actionnaires jugés indispensables des actions qu'ils détiennent, les bénéficiaires du droit de suite auront la capacité d'empêcher le changement de contrôle ou la vente des actions si l'acquéreur n'achète pas en même temps leurs propres actions aux mêmes termes et conditions. De la même façon que le droit d'entraînement renversé, le droit de suite ne sera utilisé qu'après application des dispositions du droit de premier refus.

Sans un tel mécanisme, les actionnaires détenant un faible pourcentage d'actions pourraient être condamnés à voir se succéder les actionnaires majoritaires sans que personne n'ait d'intérêt à acheter leur participation, celle-ci n'étant pas nécessairement nuisible au détenteur principal (à moins qu'ils ne bénéficient, par exemple, d'un droit de gestion contrôlée étendu, auquel cas l'acquéreur voudra normalement s'en débarrasser). La participation minoritaire d'un actionnaire étant souvent à elle seule très peu alléchante, il s'agit souvent de la seule façon pour celui-ci d'être assuré de trouver un marché pour ses actions.

## 2.11 Ajustement de prix de vente et paiement de solde de prix de vente

Lorsque le transfert d'actions d'une société, avec ou sans changement de contrôle, est effectué alors qu'une convention entre actionnaires est en vigueur, pour l'application de certaines de ses dispositions, par exemple celles de la clause de droit de premier refus, il est possible de prévoir dans cette convention une clause à l'effet que la revente de ces actions à l'intérieur d'une période déterminée (par exemple: 24 mois) par les co-actionnaires acheteurs à un prix supérieur à celui qu'ils ont eux-même payé entraînera un ajustement à la hausse du prix de vente reçu par

le vendeur initial. Une disposition similaire pourra être prévue en cas de vente des éléments d'actif ou d'appel public à l'épargne.

Lorsque les actions ont été vendues à un tiers et non à des co-actionnaires, de telles dispositions se retrouveront alors plutôt dans la convention de vente d'actions conclue avec ce tiers.

#### **2.12 Engagements de non-concurrence, non-sollicitation et confidentialité**

Objectif : Protéger le caractère compétitif de la société.

Il n'est pas rare de constater que les principaux dirigeants ou employés-clés d'une petite ou moyenne entreprise sont sans contrat d'emploi et n'ont, par conséquent, que l'obligation de loyauté prévue au *Code civil du Québec* et ce, même lorsqu'il pourrait être dommageable pour l'entreprise qu'ils lui fassent concurrence.

La convention entre actionnaires peut pallier à cette lacune en prévoyant pour les dirigeants ou employés-clés actionnaires, des engagements de non-concurrence, de non-sollicitation et confidentialité.

#### **2.13 Souscription et maintien d'assurances sur la vie**

Objectif : Assurer des liquidités pour permettre l'achat des actions du défunt ou pour pallier à son absence en tant que personne-clé de l'entreprise.

Une disposition fréquemment présente dans les conventions entre actionnaires est celle exigeant la mise en place d'une assurance sur la vie des actionnaires qui sont également des personnes-clés de l'entreprise. Le produit de cette assurance, advenant le décès, peut avoir différentes utilisations. Le plus souvent, il sert à acheter les actions qui étaient détenues par le défunt, tel que plus amplement détaillé à la section 2.14. Parfois, le produit de l'assurance est destiné à demeurer dans l'entreprise afin de compenser celle-ci pour la perte d'une personne qui lui était fondamentale et la prémunir contre les conséquences financières défavorables qui peuvent en découler.

## 2.14 Transfert en cas de décès

Objectif : Éviter la participation à l'actionnariat de la succession d'un actionnaire tout en réduisant les conséquences fiscales du décès pour l'actionnaire et sa succession.

Le décès d'un actionnaire est réputé par les lois fiscales (70(5) LIR et 436 LI) provoquer une disposition de ses actions à leur juste valeur marchande immédiatement avant son décès, ce qui peut déclencher un gain ou une perte en capital. Ceci est vrai sauf dans le cas où il y a transfert en faveur du conjoint ou d'une fiducie exclusive au conjoint et que certaines conditions sont respectées, provoquant ainsi un roulement. Toute disposition de la convention entre actionnaires prévoyant une obligation d'achat-vente court-circuitant le transfert d'actions en faveur du conjoint ou d'une fiducie en sa faveur pourrait donc faire perdre la possibilité de double exemption pour gain en capital autrement disponible.

Au fil des années, plusieurs techniques ont été utilisées pour permettre de réduire ou d'éliminer l'impôt à payer par le défunt et sa succession. Les diverses planifications varient en fonction d'une multitude d'éléments, et autant de situations peuvent donc être envisagées. La consultation d'un fiscaliste devient alors indispensable. Des conférences entières ayant été écrites sur les planifications de transfert en cas de décès, nous nous contenterons de résumer deux techniques régulièrement utilisées lors de la conclusion d'une convention entre actionnaires.

La première technique prévoit une double option en cas de décès. La convention stipule alors que la succession a l'option de vendre ses actions aux actionnaires survivants et ces derniers ont l'option d'acheter les actions détenues par la succession. Dans un tel cas, les actionnaires survivants financent le coût d'acquisition en se versant d'abord le produit de l'assurance sur la vie du défunt libre d'impôt en effectuant le choix prévu à la LIR concernant le compte de dividende en capital. Ces dispositions, qui prennent pour acquis une détention directe des actions par le défunt, permettront généralement, si toutes les autres conditions sont par ailleurs rencontrées, d'utiliser la double déduction pour gain en capital de 500 000 \$ pour les actions admissibles de petite entreprise autant pour l'actionnaire décédé que pour le conjoint survivant.

L'autre technique consiste à obliger, par la convention entre actionnaires, la société à procéder à l'acquisition des actions de la succession. Le montant reçu de la société en excédant du capital versé fiscal sera alors traité par les autorités fiscales comme un dividende réputé. Cependant, les actionnaires survivants seront tenus par la convention entre actionnaires de faire en sorte que la société traite ce dividende comme un dividende en capital non imposable en vertu de l'article 83(2) LIR, dans la mesure où elle a reçu un produit d'assurance suffisant. Cette planification permet alors à un actionnaire et à sa succession de recevoir le prix de vente libre d'impôt.

Toutefois, tel qu'indiqué par Me Luc Martel :

« Malheureusement, ce résultat n'est souvent plus disponible depuis le 26 avril 1995. En effet, avec les modifications apportées au paragraphes 112(3) LIR et l'ajout du paragraphe 112(3.2) LIR, le montant de la perte est dorénavant réduit par le montant du dividende en capital reçu par la succession. Cependant, la réduction s'applique seulement si la perte excède les dividendes imposables reçus sur ces actions par la succession. Également, la perte n'est réduite que si le dividende en capital reçu par la succession excède la moitié du moindre du gain en capital réalisé au décès ou de la perte autrement déterminée subie par la succession. L'effet net de cette réduction est que généralement le défunt devra être imposé sur le quart du gain en capital réalisé au décès.

Des règlements transitoires ont été mis en place pour permettre aux planifications effectuées avant le 27 avril 1995 de conserver les avantages fiscaux dont elles bénéficiaient au 26 avril 1995 si les conditions suivantes sont respectées :

- 1) la disposition de l'action est effectuée en faveur de la société en conformité avec une convention écrite conclue avant le 27 avril 1995; ou
- 2) la disposition de l'action est effectuée en faveur de la société et toutes les conditions suivantes sont rencontrées :
  - a) le 26 avril 1995, l'action appartenait à un individu ou à une fiducie dont un individu était un bénéficiaire;

- b) le 26 avril 1995, une compagnie était bénéficiaire d'une police d'assurance sur la vie de l'individu ou de son conjoint;
- c) il était raisonnable de conclure, le 26 avril 1995, que l'un des principaux objets de la police d'assurance-vie était de financer, directement ou indirectement, en tout ou en partie, le rachat, l'achat ou de l'annulation de l'action par la société;
- d) la disposition est effectuée par l'individu ou son conjoint, ou par leur succession au cours de sa première année d'imposition, ou par une fiducie exclusive au conjoint avant la fin de sa troisième année d'imposition commençant après le décès du conjoint. »<sup>11</sup>

## 2.15 Clauses de résolution de conflit

La comparaison entre la convention entre actionnaires et le contrat de mariage a été utilisée à de nombreuses reprises et à très juste titre. Dans un cas comme dans l'autre, ces documents sont souvent mis de côté en période d'harmonie pour prendre de l'importance lorsqu'il y a mésentente. En effet, ils peuvent même permettre un transfert de la totalité des actions en faveur d'un actionnaire ou d'un groupe d'actionnaires.

### 2.15.1 Ultimatum « shot gun » ou liquidation

Cette clause est applicable dans le cas où il y a deux actionnaires ou deux groupes d'actionnaires. Compte tenu des conséquences draconiennes de ces dispositions, elles ne sont normalement utilisées que lorsque les deux actionnaires ou groupes d'actionnaires possèdent une participation égale dans le capital de la société ou une représentation égale au conseil d'administration et que des situations d'impasse sont possibles. Un actionnaire ou groupe d'actionnaires établit le prix auquel il est prêt à acquérir les actions de l'autre actionnaire ou groupe d'actionnaires. L'autre actionnaire ou groupe d'actionnaires a alors l'option soit de vendre ses actions au prix offert, soit d'acquérir la participation de l'offrant selon les termes et conditions de l'offre reçue. Cette clause n'est viable que lorsque les parties en présence ont une capacité de financement à peu près identique.

<sup>11</sup> MARTEL, L., *Convention entre actionnaires*, Impôt des sociétés série 1, cours 2, APFF, juillet 2002

Certaines conventions quant à elles prévoient la possibilité pour un actionnaire de demander aux tribunaux la liquidation de la société en cas de conflit. D'autres prévoient un mécanisme de médiation avant d'en venir à de telles extrémités.

### 2.15.2 Arbitrage

Objectif : Notamment de maintenir la confidentialité des litiges entre actionnaires.

La question de savoir si la convention entre actionnaires devrait inclure une clause à l'effet que tout litige né de cette convention ou s'y rapportant sera tranché par un arbitre ou un tribunal d'arbitrage de façon finale et sans appel, à l'exclusion des tribunaux de droit commun, pourrait faire l'objet d'un très long débat. Pour les fins des présentes, notons que la notoriété et l'importance de l'image publique de certaines sociétés ou de leur entreprise peut faire pencher la balance en faveur de l'inclusion d'un mécanisme d'arbitrage, celui-ci ayant l'avantage de se dérouler sous le sceau de la confidentialité, alors que les débats devant les tribunaux sont publics.

L'application de la clause d'arbitrage est parfois sujette à l'obligation préalable des parties de soumettre leur conflit à un médiateur.

### 2.16 Dispositions diverses

La convention entre actionnaires peut comprendre de nombreuses autres dispositions que celles qui ont fait l'objet des présentes. Par exemple, lors d'un investissement par un investisseur en capital de risques, celui-ci exigera de bénéficier d'une clause de sortie lui permettant de vendre sa participation à la société à l'écoulement d'une période visée (habituellement de 5 ans). Le défaut de la société de pouvoir procéder à ce rachat est habituellement sanctionné par le droit conféré à cet investisseur de procéder par tous les moyens à une vente des actifs ou des actions de la société.

Les actionnaires pourraient également choisir d'établir les paramètres de la rémunération et de la bonification de certains d'entre eux à titre d'employés de la société, de prévoir un engagement de souscrire et de maintenir une assurance responsabilité des administrateurs, de nommer certains dirigeants (président, trésorier, vice-présidents, etc.) de la société, de s'engager

à ce qu'une part des bénéfices de la société leur soit versée en dividendes ou d'obliger la société à transmettre à ses actionnaires de l'information financière à laquelle ils n'auraient pas autrement accès.

## CONCLUSION

La conclusion d'une convention entre actionnaires doit être le résultat d'une réflexion individuelle et collective de la part des actionnaires quant aux objectifs de leur partenariat. Comme les caractéristiques de chaque actionnaire et les objectifs de chacun varient d'une société à une autre, le contenu de la convention entre actionnaires pourra varier considérablement selon la situation envisagée. Chose certaine, il peut s'agir d'un outil intéressant de planification de transfert d'entreprise.

V:\Dossiers\00510\dossiers\PERSONNEL\Convention entre actionnaires et strategies de transferts2.doc

apfi